Civilistische Erörterungen.

Ein Programm

von

Dr. J. A. Seuffert,

ö. o. Professor der Rechte und Geschichte an

der Königlichen Universität zu Würzburg.

Würzburg 1820.

Gedruckt bey Franz Ernst Nitribitt, Universitäts-Buchdrucker.

Vorwort.

Die Rechtsfragen, welche Gegenstand vorliegender Erörterungen sind, haben das mit einander gemein, daß sie sehr häufig im Leben des Rechtes vorkommen; — und eben darum haben sie mich vorzüglich zur Bearbeitung angezogen. Denn so als Lehrer, wie als Bearbeiter der Rechtswissenschaft habe ich das Leben des Rechtes als den höchsten, ja als

den einzigen Zweck meines Strebens immer vor Augen. Wohl weiß ich, daß, wer, insbesondere im Gebiete des in Deutschland geltenden Privatrechtes, ein ächtes Wissen erringen und mittheilen will, sich vorerst mit einem großen Apparate geschichtlicher und philologischer Gelehrsamkeit ausstatten müße. Aber diese Gelehrsamkeit erstrebt man doch eben nur als Apparat, als Mittel, um mit Hülfe derselben zur Erkenntniß, zur Anschauung der Rechtsnormen zu gelangen, welche in das Leben der Völker lebendig eingreifen. Der Besitz solcher Gelehrsamkeit, welche man

allerdings ein nothwendiges Uebel heißen könnte, macht den eigentlichen Rechtsgelehrten nicht; wer die Bedeutung der juristischen Kunstwörter in den römischen Rechts- und Gesetzbüchern nachweißt, wer die geschichtliche Ausbildung dieses oder jenes Rechtsinstitutes ergründet, — hat kein eigentlich juristisches Verdienst, sondern ein philologisches und geschichtliches, gerade so wie der Andere, welcher uns, als Resultat seiner Forschungen, über die Sprache, Sitten, Religion der alten Völker Aufklärung giebt. Die Wissenschaft des Rechtes fördert im eigentlichen Sin-

ne nur Derjenige, der das Leben des Rechts zeigt, der da nachweißt, wie die Rechtsvorschriften in das Leben der Menschen überall bestimmend und ordnend eingreifen, und eine lebendige Form des Verkehrs und aller menschlichen Verhältnisse sind.

Wer aber in diesem Geiste etwas Ersprießliches leisten will, für den genügt es nicht, den todten Inhalt, den Buchstaben der Gesetz = und Rechtsbücher mit dem vollständigsten Apparate literarischer Hülfsmittel zu durchforschen; — er muß seinen Blick auf das Leben selbst und seine unendlich vielgestaltigen Verhältnisse wen=

den: um zu erkennen und zu deuten, wie etwas geschehen, und welche Folgen und Wirkungen es haben soll, muß er erst zu erfahren suchen, was geschieht, und welche Seiten sich in den Wechselverhältnissen des geselligen Lebens der rechtlichen Beurtheilung darbieten. Diese Anschauung des Lebens von der Seite des Rechtes, ist die ächte allein frommende Theorie a) des Rech=

---

a) Unter dem Worte θεωρία verstanden die Griechen nichts weniger als spekulative Schulweisheit oder breite Gelehrsamkeit in systematischen Formen, sondern die lebendige Anschauung des Lebens, welche gewonnen wurde auf Reisen und im Umgange mit ächten Weltweisen. Also heißt

tes. Diese Anschauung war die Quelle der vortrefflichen Subsumtionskunst der römischen Juristen aus der classischen Zeit, welche gleich musterhaft ist so in theoretischer als in praktischer Hinsicht, in welcher wir die Einheit von lebendiger Theorie und wissenschaftlicher Praxis des Rechtes bewundernd erkennen. b)

Freylich muß der Rechtsgelehrte, wenn er das geltende Recht als ord=

---

es bey Herodot I, 30 von Solon: „ὡς „φιλοσοφέων γῆν πολλὴν θεωρίης εἵνεκεν „ἐπελήλυθας."

b) Vgl. Savigny vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 27—36.

nende Form des Lebens anschauen will, vorerst vollkommen ergründet haben, was geltendes Recht, was unmittelbar anzuwendende Rechtsnorm sey; und hierzu bedarf er, leider! c) einer fast unübersehbaren Masse von antiquarischer Gelehrsamkeit; aber die ächte Wissenschaft des Rechtes hat es immer nur mit dem „unmittelbar Anzuwendenden" zu thun. Also würde ich, so als Lehrer d) der Rechtswissenschaft, wie

c) Ueber dieses „leider!" vgl. Thibauts civil. Abh. S. 425 und ff. — und Feuerbachs Vorrede zu Vorsts Werk von der Beweislast. S. XX.

d) Auch als Lehrer strebe ich dahin, nicht allein die

als Rechtsgelehrter überhaupt die Erreichung des mir vorschwebenden Zieles darin finden, wenn es mir gelänge, für das „unmittelbar Anzuwendende" e) etwas Ersprießliches zu leisten.

Wahrheit der vorgetragenen Rechtsätze durch nöthigenfalls gelehrte Entwicklung zu beweisen, sondern meinen Zuhörern überall eine wissenschaftliche Anschauung des Rechtslebens auf die hier angedeutete Weise zu verschaffen. — Ich nähre dabey die Hoffnung, daß dieselben, wenn einmal die Sehnsucht der Deutschen nach einem nationalen Gesetzbuche erfüllt wird, weit besser geeignet seyn werden, dies neue Volkseigenthum ins Leben, als tüchtige Juristen, einzuführen, als diejenigen, welche nur dazu erzogen wurden, in der Nacht der Vergangenheit hier und dort ein Lichtlein anzuzünden, und dabey die Fähigkeit eingebüßt haben, den lichten Tag der Gegenwart zu schauen.

e) Hugo Lehrbuch der juristischen gelehrten Geschichte. 2ter Versuch §. 417 S. 506.

Würzburg den 26ten Nov. 1819.

Dr. J. A. Seuffert.

Inhalt.

I. Ueber die Beweislast bey der Negatorienklage. — — — — — Seite 1

II. Ueber den Zahlungstermin in Bezug auf den Executivprozeß. — — — — 27

III. Kleinere Aufsätze.

1. Ueber das Vorrecht des Landesherrn und des Fiscus, an fremden Sachen dingliche Rechte zu übertragen. — — — 57

2. Ueber die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die einzelne Fragepunkte schwankend, unbestimmt oder gar irrig beantworten. — — — — — 66

3. Ueber die heutige Anwendbarkeit der römischen Grundsätze von iter, actus, via. 70

4. Ueber das Mithutungsrecht des Eigenthümers. — — — — — 73

I.

Ueber
die Beweislast
bey
der Negatorienklage.

Ueber die Beweislast bey der Negatorienklage.

§. 1.

Die älteren Bearbeiter der Controverse: „wer bey der actio negatoria, wenn sich der Beklagte im Besitze der bestrittenen Servitut befindet, den Beweis zu übernehmen habe?" drehten sich zumeist um die Frage: welche Vermuthung stärker sey, die für die natürliche Freyheit des Eigenthums, oder die für die Rechtmäßigkeit des Besitzstandes. Noch heutzutage berufen sich die ehrenfesten Praktiker, welche den beklagten Besitzer mit dem Beweise belasten, auf die Vermuthung für die natürliche Freyheit, als auf einen unbesiegbaren Stützpunkt ihrer hergebrachten Mei-

nung. Vergebens sagt man ihnen, daß in den Gesetzen von einer Vermuthung für die natürliche Freyheit, welche den Kläger vom Beweise befreyen könnte, nirgends die Rede sey; vergebens führt man gegen sie den allgemeinen Grundsatz an, daß Jeder, der die Veränderung eines faktisch bestehenden Zustandes in Anspruch nimmt, sein Recht dazu darthun müße; vergebens legt man ihnen Gesetze a) vor, die für die gegentheilige Meinung entscheiden, und zwar nicht dem oberflächlichen Leser, aber wohl dem kundigen Forscher vollkommen deutlich sind.

Aber mit Gegnern, denen alle Fortschritte der Wissenschaft grundlose Neuerungen und Spitzfindigkeiten heißen, muß jeder Kampf sieglos seyn, weil sie nach allem Hin- und Herreden noch ein unwiderlegbares Kopfschütteln und das einleuchtende Ultimatum: „es ist doch so und nicht anders" im Hinterhalte haben. — Gegenwärtige Abhand-

a) Fr. 8 §. 3 si servitus vind. — Fr. 15. de operis novi nunc.

lung setzt die Unhaltbarkeit dieser sogenannten Vermuthungen als längst dargethan b) und allgemein anerkannt voraus, und hat zunächst nur die Absicht, gegen die von Hufeland c) und Borst d) für die Ansicht, nach welcher dem besitzenden Beklagten, wenn nur das Eigenthum des Klägers außer Zweifel ist, der Beweis der Servitut obliegt, entwickelten Gründe einige Zweifel vorzutragen e).

§. 2.

Hufelands Hauptargument, welches auch von Borst als das entscheidende anerkannt und weiter ausgeführt ist, besteht in Folgendem: „Nur dann wird nach dem Be-

---

b) Vgl. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 131 ff. — Borst über die Beweislast. §. 89. — Pfeiffer vermischte Aufsätze §. 31.

c) Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 4tes Stück.

d) A. a. O. §§. 89—92.

e) Daß Klötzers Gründe für dieselbe Ansicht durchaus nicht haltbar seyen, hat Borst a. a. O. zu Genüge gezeigt.

„sitz entschieden, — für den Besitzer, daß er „auch Recht habe, vermuthet, wenn gar kein „anderer Grund des Rechts aufgefunden „werden kann, und eben so wenig einer da„gegen ist. In dem hier zu untersuchenden „Falle aber ist ein Grund des Rechts selbst „da, nemlich das Eigenthum ist gewiß, und „also die Folgen daraus sind zu„gleich mit bewiesen. Man könnte so„gar sagen, daß nur uneigentlich eine Prä„sumtion für die natürliche Freyheit be„hauptet werden könne. Das Recht selbst „ist wirklich bewiesen, dadurch, daß das „Eigenthum, das den Grund dessel„ben enthält, außer Streit gesetzt „ist.“

Hufeland giebt hier im Wesen zu, daß dem gegen den Besitzer der Servitut auftretenden Negatorienkläger der Beweis der Freyheit des Gutes obliege; er behauptet aber: dadurch, daß derselbe sein Eigenthum überhaupt außer Zweifel setzt, beweißt er auch die Freyheit, welche eine natürliche Folge des Eigenthums ist; so daß nun der

Beklagte, wenn er sich im Besitze der Servitut erhalten will, sein jus servitutis darthun muß.

Die Behauptung aber, daß in dem Beweise des Eigenthums überhaupt der Beweis der Freyheit desselben schon enthalten sey, soll hier nun näher geprüft werden.

§. 3.

Daß der Eigenthümer, sofern er plenum jus, plenam in re potestatem f) hat, jeden Andern von jeder Einwirkung auf seine Sache auszuschließen befugt sey, ist eine ausgemachte Wahrheit. Aber das Eigenthum kann auch beschränkt seyn; das Nutzungsrecht kann entzogen seyn, auf mannigfache Weise kann Andern eine Einwirkung auf die Sache rechtlich zustehen, ohne daß hierdurch das Eigenthum aufgehoben wird. In dieser Hinsicht sagt Paulus:

„Recte dicimus eum fundum totum „nostrum esse, etiam cum ususfruc-

f) Fr. 17. quibus mod. ususfr. amitt. fr. 126 §. 1 de verb. obl. §. 4 de usufr.

„tus alienus est: quia ususfructus non
„dominii pars, sed servitutis sit: ut
„via et iter: nec falso dici, totum
„meum esse, cujus non potest ulla
„pars dici alterius esse: hoc et Ju-
„lianus: et est verius g).

Bey der actio negatoria handelt es sich nun in der Hauptsache durchaus nicht davon, ob der Kläger überhaupt Eigenthümer sey; sondern nur darin besteht der Streitpunkt, ob sein Eigenthum durch den Inhalt der Servitut, in deren Besitz sich der Beklagte befindet, beschränkt sey oder nicht? — Die Freyheit von dieser Beschränkung wird von dem Kläger als Grund der Klage behauptet, und vom Beklagten geleugnet.

§. 4.

Der Beklagte mag nun zugestehen, oder der Kläger auf Widerspruch beweisen, daß sich die Sache, auf welche Jener eine Servitut ausübt,

g) Fr. 25 pr. de V. S. fr. 1 §. 1 de senatusconsulto Silaniano.

in seinem Eigenthume befinde: hierdurch allein ist die behauptete Freyheit derselben von der fraglichen Servitut noch nichts weniger als außer Zweifel gesetzt. Denn 1) die Unbeschränktheit ist keine nothwendige Eigenschaft des Eigenthums. 2) Durch das unbeschränkte volle Eigenthum wird die Servitut allerdings ausgeschlossen; aber es ist grundfalsch, daß der Kläger, wie Vorst annimmt, den verneinenden Beweis der Unbeschränktheit geliefert habe, wenn er die Thatsachen, wovon sein Eigenthumserwerb abhängt, bewiesen hat, und hierbey von dem Merkmal der Beschränkung nichts vorkömmt, wenn z. B. seine Erwerbsurkunden oder Zeugen von der Beschränkung nichts melden. Denn wenn auch der Author des Klägers bey der Uebertragung der Sache von einer dieselbe belastenden Servitut keine Meldung that, wenn er auch betheuerte, daß er ein ganz freyes Eigenthum übertrage: so geht hieraus noch keineswegs hervor, daß er wirklich den unbeschränkten Besitz h) der

h) Der Besitz ist der natürliche Zustand, wel=

Sache tradirte. Was der Kläger und sein Author in dem Ueberlassungsvertrag miteinander ausgemacht, was sie darin erwähnt oder nicht erwähnt haben, bezieht sich Alles nur auf das unter ihnen begründete persönliche Rechtsverhältniß, und kann einem Dritten nicht präjudiciren; das dingliche Recht wird erst durch die Besitzübertragung und auch nur insoweit begründet, als der Erwerber den Besitz wirklich erlangt. Wenn nun dieser das ihm übertragene Eigenthum als unbeschränkt gegen einen Dritten geltend machen will, so muß er auch nachweisen, daß ihm der unbeschränkte Besitz von seinem Author übertragen worden sey. Daß aber dieser Beweis noch keineswegs in ermangelnder Erwähnung der Beschränkung, ja selbst nicht in ausdrücklicher Anrühmung der Unbeschränktheit bey der Uebertragung der Sa-

---

cher dem Eigenthume, als einem rechtlichen correspondirt. (Savigny Recht des Besitzes §. 1). So wie das Eigenthum durch Servituten beschränkt seyn kann, so der Besitz einer Sache durch die quasi possessio einer Servitut daran.

che liegen könne, das ergiebt sich α) daraus, daß der Tradent den Besitz nur soweit übertragen kann, als er ihn selbst hat; β) aus dem Grundsatze: „inter alios res gestae aliis non possunt praejudicium facere.“ i) Was blos in dem persönlichen Verhältnisse des Klägers und seines Authors vorkömmt, kann auf keine Weise dem dritten Besitzer der Servitut Nachtheil bringen.

Der Kläger hat demgemäß nur insofern den ihm selbst nach Hufelands und Borsts Ansicht obliegenden Beweis vollkommen gestellt, wenn er besonders darzuthun vermochte, daß er auch den unbeschränkten Besitz seiner Sache erlangt habe.

§. 5.

Wenn man 3) sagt, die Freyheit des Eigenthums liege schon in der allgemeinen Natur desselben, brauche also nicht besonders bewiesen zu werden, so ist dies, von dem Standpunkte des Systems aus betrachtet, al-

---

i) C. 1. inter alios acta.

lerdings wahr. Nach diesem giebt es ursprünglich nur ein dingliches Recht, das Eigenthum, als die Totalität aller in Bezug auf eine Sache denkbaren Befugniße; und nur insofern einzelne Bestandtheile des Eigenthums an Andere als eigene Rechte übergehen können, kommen noch die dinglichen Rechte an fremden Sachen hinzu k). Aber die Unanwendbarkeit jenes Grundsatzes zu Gunsten des Negatorienklägers liegt klar vor, wenn man nur die Standpunkte des Systems und Lebens gehörig voneinander scheidet.

Im Falle der Negatorienklage kömmt es nicht darauf an, ob das Eigenthum der in Frage stehenden Sache ursprünglich frey gewesen, sondern darauf, ob der gegenwärtige Kläger das Eigenthum derselben frey und unbeschränkt erworben habe. Zu diesem Erwerbe werden besondere Fakta erfodert, ins besondere die Thathandlung der Erwerbung eines unbeschränkten l) Besitzes

---

k) Schweppes Römisches Privatrecht. §. 211.

l) Wer die Thathandlung der Besitzergreifung

der Sache, und wer wird wohl behaupten, es liege in der allgemeinen Natur des Eigenthums, daß in jedem besondern Falle der Author dem neuen Erwerber den unbeschränkten Besitz der Sache übertrage?

Es ist eine reine quaestio facti, worauf es hier wesentlich ankömmt, welche durch Nachweisung des Nichtseyns einer Thatsache, nämlich des Besitzes der gegenwärtig bestrittenen Servitut, nicht aber durch Zergliederung des Begriffs vom Eigenthum gelöst werden kann. m)

---

einer Sache nachgewiesen hat, hat darum noch nicht dargethan, daß dazumal kein Dritter eine Servitut auf die Sache besessen habe. Denn der Anfang der physischen Herrschaft des Einen über die Sache, schließt ja die fortdauernde quasi possessio servitutis des Andern nicht aus. — Ganz verschieden ist der Fall wenn das Nichtseyn eines rechtshindernden Merkmales bey einer rechtserzeugenden Willenshandlung bewiesen werden soll. Denn wenn hier bewiesen ist, daß die fragliche Willenshandlung z. B. ein Vertrag gerade diesen Inhalt gehabt habe, so ist auch ausgemacht, daß dabey nichts Anderes vorgekommen, z. B. keine Bedingung hinzugefügt worden sey.

m) Wenn man den Anfang von Pfeiffers Ab-

§. 6.

Auch als faktische Regel läßt sich die Freyheit des Eigenthums keineswegs aufstellen: denn das Nachbarverhältniß ist eine reiche Quelle von Servituten, und daß schon die Römer die Servituten nicht als Ausnahmsfälle betrachteten, dafür zeugt ihre Bezeichnung eines ganz freyen Grundstückes als aedes optimae maximae, fundus optimus maximus. n)

Dem Allem gemäß kömmt dann erst die Reihe des Beweises an den beklagten Besitzer der Servitut, wenn der Kläger zuvor besonders dargethan hat, daß sein Eigen-

---

handlung über diesen Gegenstand lies't, so sollte man meinen, er würde seine Entscheidung auf diejenige Ansicht gründen, welche hier entwickelt ist. Aber sonderbar genug geht er in den folgenden §en davon aus, der actio negatoria die Eigenschaft einer dinglichen zu bestreiten, womit wieder die Gründe, aus welchen er den besitzenden Beklagten vom Beweise frey spricht, durchaus nicht harmoniren.

n) Fr. 90, 169 de V. S.

thum der dienenden Sache durch die fragliche Servitut nicht beschränkt sey.

§. 7.

Ganz irrig ist es, wenn Borst sagt: „Wäre es anders, wäre der verneinende Be„weis, welcher dem Negatorienkläger obliegt, „nicht schon im bejahenden Beweis für sein „Eigenthum enthalten: so würde er nicht „blos dann, wenn der Beklagte besitzt, son„dern sogar auch dann, wenn der Beklagte „nicht besitzt, noch einen besondern Vernei„nungsbeweis führen müssen."

Denn, wenn der Beklagte sich nicht im Besitze der streitigen Servitut befindet, so hat ja der Kläger den in Rücksicht dieser Servitut unbeschränkten Besitz seiner Sache, und wenn sein Eigenthum sonst ausgemacht ist, so liegt hierin auch die Unbeschränktheit desselben in Hinsicht des streitigen Punktes bereits vor, und ein besonderer Verneinungsbeweis ist nicht mehr erfoderlich.

§. 8.

Daß für die hier aus der Natur der

Sache entwickelte Ansicht auch die Gesetze entscheiden, ist bereits oben (§. 1.) angedeutet worden. Die Hauptstelle ist fr. 8 §. 3 si servitus vindicetur:

„Sed si quaeritur, quis possessoris, „quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, „si quidem tigna immissa sint, eum, „qui servitutem sibi deberi ait: si vero „non sunt immissa, eum, qui negat."

Wohl kaum wird irgend Jemand den sonderbaren Einfall Mascards o) theilen, daß dies Gesetz blos auf die servitus tigni immittendi zu beziehen sey. Wie kärglich, wie unendlich lückenvoll müßte der Reichthum, die Fülle der römischen Gesetzgebung erscheinen, wenn unsere Auslegungskunst so geistlos zu Werke gienge, so engherzig am Buchstaben klebte. Aus dem Leben einzelner Fälle und Beyspiele treten in den Classikern der Pandekten die allgemeinen Rechtsvor-

o) De probat. Vol. III. concl. 1194. num. 35, concl. 1299 num. 3, 4.

schriften hervor, und so ist in dem angeführten Fragmente ein leitender Grundsatz für die Beweislast bey der actio confessoria und negatoria überhaupt, nur beyspielsweise auf diese Klagen in Rücksicht der servitus tigni immittendi bezogen.

Ulpian beantwortet nämlich die Frage über die Beweislast bey den dinglichen die Servitut betreffenden Klagen dahin: wenn sich derjenige, der eine Servitut in Anspruch nimmt, im Besitze derselben befindet, so ist er vom Beweise frey, und sein Gegner muß die Freyheit seines Eigenthums besonders beweisen; im entgegengesetzten Falle aber muß er sein jus servitutis beweisen. —

Daß dies der Sinn der fraglichen Stelle sey, wird sich aus Folgendem ergeben.

1) Petitoris partes sustinere, heißt soviel als beweisen müßen; possessoris partes sustinere vom Beweise frey seyn.

Fr. 15 de operis novi nunciatione: „in fine.“ Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure

suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

Fr. 62 de judiciis: „inter litigantes non „aliter lis expediri potest, quam si alter „petitor, alter possessor sit: esse enim de- „bet, qui onera petitoris (nämlich die „Beweislast) sustineat et qui commodo „possessoris (Freyheit vom Beweise) „fungatur.“ p)

2) Unser Fragment spricht nicht allein von der actio confessoria, wie Hufeland für möglich hält, sondern von Beiden zugleich, der confessoria und negatoria. In dem ganzen Fragmente ist promiscue von beiden Klagen, und im nächstfolgenden §. 4 offenbar von der negatoria die Rede. q) In

p) Vgl. fr. 7 §. 5 de liberali caussa. fr. 24 de R. V. fr. 14 de probationibus. fr. 1 §. 3 uti possidetis.

q) Dies ergiebt sich aus den Worten „qui servitutem sibi defendit“ da hingegen die im §. 3 vorkommenden: „qui servitutem sibi deberi „ait“ auf beide Partheyrollen passen. Zwar war ajo ein technisches Wort der Klagformeln. Aber daß es hier nur soviel heißt als behaupten

dem ganzen Titel sind beide Klagen mehrmals zusammengefaßt, und allgemeine Grundsätze ohne deren Unterscheidung aufgestellt. r) Auch die Institutionen stellen sie bey ihren Bestimmungen über die Partheyrolle und die Beweislast zusammen, s) und Theophilus zu dieser Stelle bemerkt, daß sie im Wesen durchaus eins seyen, indem der Negatorienkläger die Freyheit seines Grundstücks confessorisch verfolge, und es auf die negative Fassung der Klagformel gar nicht ankomme.

3) Wenn nach unserm Gesetze der Besitzer der Servitut vom Beweise frey seyn soll, so kann dies auf keinen Fall so gemeint seyn, daß der nur den Gegner treffenden Beweislast durch den Beweis des Eigenthums überhaupt genügt werde. Denn

(affirmare), ergiebt sich aus dem Gegensatze: „qui negat."

r) So in fr. 1, fr. 4 §. 6 fr. 5 fr. 6 §. 1 fr. 7 fr. 8 §. 5 fr. 9 §. 1 fr. 20 §. 1 fr. 21 si servitus vindicetur.

s) §. 2 de actionibus.

daß er Eigenthümer des dienenden Grundstückes sey, wird vorausgesetzt, t) und unter dieser Voraussetzung ist nun in fr. 8 §. 3 von einer weitern Beweislast die Rede.

§. 9.

Die andre hieher gehörige Entscheidung ist enthalten in fr. 15 de operis novi nunciatione: „Si priusquam aedificatum esset, „ageretur, jus vicini non esse aedes altius „tollere, nec res ab eo defenderetur; par„tes judicis non alias futuras fuisse ait, „quam ut eum, cum quo ageretur, cavere „juberet, non prius se aedificaturum, quam „ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. „Idemque e contrario si cum quis agere „vellet, jus sibi esse invito adversario al„tius tollere, eo non defendente, similiter, „inquit, officio judicis continebitur, ut ca„vere adversarium juberet, nec opus no„vum se nunciaturum, nec aedificanti vim „facturum. Eaque ratione hactenus

t) Fr. 1 si servitus vind.

„is qui rem non defenderet, punie-
„tur, ut jure suo probare necesse
„haberet: id enim esse, petitoris
„partes sustinere.

In diesem Gesetze sind nach Savigny u) für die servitus altius non tollendi folgende Grundsätze aufgestellt:

1) Wenn die confessoria angestellt wird, der Kläger ist im Besitz, und der Beklagte läßt sich nicht ein, so muß dieser Caution stellen, daß er nicht bauen werde, ohne die negatoria angestellt zu haben.

2) Ist bey der negatoria der Beklagte im Besitze und läßt sich nicht ein, so muß derselbe Caution stellen, daß er den Kläger nicht im Bauen stören wolle. v)

---

u) Recht des Besitzes. Zweite Auflage. S. 501.

v) In der dritten Auflage des angeführten Werkes hat Savigny diese Auslegung unseres Gesetzes weggelassen, und dies Weglassen hängt damit zusammen, daß er hier seine frühere Ansicht, das bloße Nichtthun sey zum Besitz der negativen Servituten hinreichend, verworfen hat, und nun für das Nichtthun noch fodert, daß es den Charakter der Rechtsausübung tra-

Offenbar ist es nur die Entscheidung des ersten Falles, welche uns hier interessirt. Bey der dort von dem ursprünglichen Beklagten, wenn er höher bauen will, anzustellenden negatoria ist der nunmehrige Beklagte im Besitze der Servitut, und, wie am

ge. — Aber wenn es auch richtig ist, daß in dem ersten Falle des Gesetzes der Confessorienkläger allein darum, — weil der Gegner noch nicht gebaut hat, als Besitzer der servitus altius non tollendi nicht angesehen werden könne, so bekömmt doch die Nichtexistenz einer der Servitut widerstreitenden Anlage dadurch den Charakter der Rechtsausübung, daß dem Gegner aufgelegt wird, nicht eher zu bauen, als bis er sein Recht dazu durch die actio negatoria geltend gemacht hat; und zur Zeit, da diese letztere angestellt wird, ist also Jener, der ursprüngliche Kläger, nunmehrige Beklagte, allerdings im Quasibesitz der Servitut.

Bemerkungswerth ist auch, daß **Savigny** in der ersten und zweiten Auflage des angeführten Werkes geradezu ausgesprochen hatte: „**der Beklagte sey bey der actio negatoria selbst durch den Besitz nicht frey vom Beweise des Rechts der Servitut**, und daß diese Erklärung in der dritten Ausgabe gleichfalls weggelassen ist.

Schlusse des Fragmentes bemerkt wird, muß Jener, als Negatorienkläger, „jus sibi esse „altius tollere“ — also die Freyheit seines Hauses von der servitus altius non tollendi beweisen.

Zwar macht Hufeland den Einwurf: in dem Gesetz sey ganz unwidersprechlich nur von dem Fall, da der Beklagte ungehorsam ist (reo non defendente), die Rede, und also enthalte jede Bestimmung in demselben eine Strafe jenes Ungehorsams. Aber nur darin besteht die Strafe des Ungehorsams, daß der reus non defendens nun Kläger werden muß; als eine ganz natürliche Folge dieser Partheyrolle ist es aber angegeben w), daß er nun auch den Beweis übernehmen müsse.

§. 10.

Gegen diejenigen, welche etwa noch auf die Schwierigkeit des besondern Beweises der Freyheit des Gutes von der fraglichen

---

w) Dies geht sprechend aus den Worten: „id „enim esse,“ hervor. —

Servitut bedeutsame Rücksicht nehmen und hierin weitere Zweifelsgründe gegen unsere Ansicht finden, braucht man nur zu wiederholen, was schon Weber x) zur Erledigung dieses Einwandes bemerkt hat. Neuerdings hat Gensler hierüber treffend gesagt: y)

„Wen der Beweis der Negative trifft, „der kann in der Schwierigkeit, denselben zu führen, keinen Befreyungs„grund suchen. Er muß diesen ihn tref„fenden Zufall tragen. — — — In „manchen solchen Fällen mag man wohl „sagen können: non deficit jus, sed „probatio.

§. 11.

Im Baierischen Landrecht (Codex Maxi-

---

x) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2tes und 3tes Stück. Nro. 16. — Die Schwächen dieser Abhandlung Webers hat Borst a. a. O. besser nachgewiesen, als er seine eigne Ansicht begründet hat.

y) Im Archiv für civil. Praxis B. I. S. 274—5 — Vgl. C. 23 pr. de probat. C. 5, 13 de fide instrumentorum fr. 137 §. 4 de V. O.

milianeus Bavaricus civilis) ist die hier abgehandelte Controverse folgendermaßen entschieden: z)

„diese Klag fundirt sich in der natür„lichen Freyheit, folglich ist der Kläger, „welcher dem Beklagten seine angemaßte „Gerechtsame nur simpliciter a) „negirt, den Beweis zu machen nicht „verbunden, sondern es muß vielmehr „der Beklagte selbst die angebliche Ser„vitut, oder Gerechtigkeit, ohngeacht er

z) Th. II. Cap. VII. §. 11 nro. 2.

a) Hierzu bemerkt Kreittmayr in seinen Anmerkungen: „der Fall da der Kläger nicht soviel „negirt als asserirt, oder die gegentheilige Prob „zu elidiren sucht, gehört mit unter diejenigen, wo „er den Beweis führen muß, worauf unser Co„der mit den Worten, „nur simpliciter negirt" „ebenfalls den Fingerzeig giebt. Dergleichen As„serten aber soll unter andern auch Jenes seyn, da „er den Beklagten vi, clam aut precario in Pos„session zu seyn vorgiebt (nach Stryk, Senken„berg), welches zwar andere widersprechen z. B. „Leyser, Brunnemann, jedoch eben darum, weil „die Sach strittig ist, dergleichen unnöthige Asserta „circa Actionem negatoriam zu unterlassen an„rathen."

„etwan in Possessione momentanea „wäre, erweisen, weil die sonst in Re-„gula für den Besitz obwaltende rechtliche „Muthmaßung, soviel das Momenta-„neum betrifft, nicht so stark, als die „pro Libertate naturali ist, wenn dem-„nach in besagten Possessorio momen-„taneo auf die Servitut einmal gespro-„chen worden, so bleibt zwar der Ob-„sieger solang im Besitz, bis in Peti-„torio ein anderes erkannt wird, aber „von dem Beweis, welcher auf die in „jetzbemelten Petitorio gestellte Actio-„nem negatoriam gemacht werden soll, „ist er nicht befreyet; er seye dann „wenigst in zehenjährig ruhigem „Besitz gewest, welchenfalls die „Praesumtion pro Libertate der „pro Possessione solang aus-„weicht, bis gleichwohl die Frey-„heit in Petitorio gnüglich dargethan „ist. b)

b) Als Quelle dieser Bestimmung giebt Kreittmayr in seinen Anmerkungen des fr. 10 pr. si servitus vindicetur an. — Zu bemerken ist noch hierbey, daß nach dem Cod. judic. Cap. III, §. 4 Nro. 2 das possessorium plenarium vel ordinarium, wenn es sich vom Besitze von Grunddienstbarkeiten handelt, nicht zulässig seyn soll.

II.

Vom

Zahlungstermin

in

Bezug auf den Executivprozeß.

Vom Zahlungstermin in Bezug auf den Executivprozeß.

§. 1.

Es ist streitig, ob auf eine Urkunde, in welcher sich keine Bestimmung über den Zahlungstermin findet, der Executivprozeß begründet werden könne? Aus den verschiedenen Ansichten, die über diese Streitfrage obwalten, sind insbesondre in den vaterländischen Gerichtshöfen ganz entgegengesetzte Urtheile hervorgegangen, und haben mich zu gegenwärtiger Abhandlung veranlaßt.

Unsere Frage zu bejahen scheinen Kind a) in den Worten:

a) Quaestiones forenses. ed. II Tom. I c. 51.

„Ad substantialia processus executivi „requiritur instrumentum, ex quo de „obligatione praestandae rei petitae in „continenti constat. Itaque hoc pro„missionem obligatoriam ita contine„re oportet, ut exinde illico pateat, „quid, quale, quantum, cui et „a quo debeatur: quod instrumen„tum vulgo vocant guarentigiatum.“

Berger b), welcher als guarantigirt dasjenige Document anerkennt:

„ex quo; quid, quale quantum„que, cui, a quo, et ex qua cau„sa debeatur? — in continenti liqueat.“

Bauer c), welcher sagt:

„Instrumentum, quod in continenti, „quid, quale, quantum, cui et a „quo debeatur, docet, garentigia„tum appellari videas.“

Diese drey Schriftsteller stimmen darin übe-

b) Oeconomia Juris. ed VI. p: 69.

c) Opusculorum Academicorum Tom. I. pag. 447.

rein, daß sie unter den Erfodernissen einer zum Executivprozeße tauglichen Urkunde die darin vorkommende besondre Bestimmung des Zahlungstermines nicht aufführen.

Andre hingegen verneinen die oben aufgestellte Frage; so Bülow und Hagemann d):

„Wenn eine Handschrift, eine Schuld„verschreibung pro instrumento guaran„tigionato geachtet, und daraus der Exe„cutivprozeß angestellt werden soll: so „ist nicht genug, daß daraus erhellet, „quis debeat, cui et ex qua caussa de„beatur, sondern es muß daraus erhel„len, quantum et quo tempore de„beatur."

Ganz bestimmt äußert sich Danz e):

„Auf eine Urkunde, in welcher der Ter„min der zu leistenden Zahlung nicht „angegeben ist, kann der Executivprozeß „nicht gegründet werden."

---

d) Praktische Erörterungen. Band II. S. 333.
e) Grundsätze der summarischen Prozeße §. 32.

und Süptiz f):

„Aus dem Documente muß c) die Grö-
„ße der Schuld, und die Zeit, wo
„sie fällig ist, erhellen.

Dunkel und schwankend drückt sich Kori g) aus:

„Ist der Zahlungstag in der Urkunde
„gar nicht erwähnt, so kann der Gläu-
„biger nichts destoweniger zu jeder Zeit
„aufkündigen oder Klage anstellen, und
„der Schuldner wird durch die ihm ein-
„gehändigte Aufkündigung oder Ladung
„in Verzug versetzt, nur muß erstere be-
„urkundet werden.

§. 2.

Die Verhandlung einer Sache im Executivprozesse wird durch die Liquidität eines über den klagbar verfolgten Anspruch sogleich beygebrachten Urkunden-Beweises begrün-

f) Lehrbuch der summarischen Prozeße. §. 41 not. 4.

g) Ueber den Executivproceß und die Wiederklage. §. 14.

det h). Der Kläger, welcher die Verhandlung in dieser Prozeßart wünscht, muß daher in seiner Klagschrift alle Thatsachen, die zur Begründung seines Anspruchs erforderlich sind, nicht nur anführen, sondern darüber zugleich einen Urkundenbeweis antreten. Die Frage, was dieser Urkundenbeweis umfaßen müße, ist offenbar dahin zu beantworten: alles Dasjenige, was erfodert wird, damit der Kläger seinen erhobenen Anspruch überhaupt klagbar verfolgen könne. Aus den durch die Urkunde bewahrheiteten Thatsachen muß daher durch richterliche Subsumtion nicht nur hervorgehen, daß das behauptete Recht entstanden sey (diem cessisse), sondern auch, daß es geltend gemacht werden könne (diem venisse) i).

In Ermanglung besondrer Gründe für das Gegentheil fallen aber die Entstehung

---

h) Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegii der Universität Heidelberg. Herausgegeben von Martin. S. 344.

i) Fr. 213 pr. de V, S. Schweppes Römisches Privatrecht 2te Auflage §. 151.

des Rechts und die Zeit der Geltendmachung zusammen. Dies ist deutlich ausgesprochen in folgenden Gesetzen:

1) Fr. 14. de R. I. „In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, „praesenti die debetur."

2) Fr. 41. §. 1. de V. O. „Quoties „autem in obligationibus dies non poni„tur, praesenti die pecunia debetur: nisi „locus adjectus spatium temporis inducat, „quo illo possit perveniri. Verum dies „adjectus efficit, ne praesenti die pecunia „debeatur."

3) Fr. 213. pr. de V. S. „Cedere „diem significat, incipere deberi pecu„niam; venire diem significat, eum diem „venisse, quo pecunia peti possit. Ubi „pure quis stipulatus fuerit, et ces„sit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, „sed nondum venit; ubi sub conditione, „neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione j).

---

j) Vgl. fr. 9 pr. de R. C.

Ist bey Enstehung einer Obligation über die Zeit der Erfüllung nichts Besonderes bestimmt, und eben so wenig eine Bedingung beygefügt worden, so kann sie ohne Verzug geltend gemacht und gerichtlich verfolgt werden. Der Executivkläger braucht also nur urkundlich nachzuweisen, stipulationem puram fuisse; denn eben hierdurch hat er auch außer Zweifel gesetzt, daß er seinen Anspruch itzt schon verfolgen könne.

§. 3.

Aber das ist eben in Frage, ob, wenn in der Urkunde von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt, dadurch schon hergestellt sey, stipulationem puram fuisse?

In einem geführten Bejahungsbeweis ist ein daneben zu führender Verneinungsbeweis indirekte enthalten, wenn das Faktum, dessen Seyn bewiesen ist, und dasjenige, dessen Nichtseyn bewiesen werden soll, sich gegenseitig ausschließen k). Wenn ich

k) Vorst über die Beweislast im Civilprozeße. S. 38.

nachweise, daß eine Willenshandlung, z. B. ein Vertrag gerade so eingegangen worden, so beweise ich dadurch zugleich, daß nichts Anders dabey vorgekommen sey: denn jede Willenshandlung, jeder Vertrag können nur einen bestimmten Inhalt haben: die Thatsache dieses einen bestimmten Inhalts schließt jede andre mögliche Vertragsbestimmung aus 1). Muß ich nun als gewiß annehmen, daß gerade dies oder jenes geschehen oder verabredet worden sey, so ist es für mich auch ausgemacht, daß hier nichts Anderes und Weiteres geschah oder verabredet wurde. Wenn z. B. der mit der actio venditi Klagende dargethan hat: „der Beklagte habe ihm 20 Zentner Hopfen, den Zentner

---

1) Freylich kann später eine Abänderung verabredet worden seyn. Aber das Nichtseyn der spätern Abänderung gehört nicht zum Grund der Klage aus einem bestimmten Geschäfte, sondern das Seyn einer solchen Abänderung bildet für den Beklagten den Grund der exceptio pacti conventi oder doli generalis, wovon im Pandektentitel: „de pactis“ sehr viele Beyspiele vorkommen.

zu 50 fl. abgekauft" — so ist zugleich auch nachgewiesen, daß das Geschäft nicht gerade Spalter oder Böhmischen Hopfen zum Gegenstand gehabt habe: denn die erwiesene Thatsache, daß über Hopfen schlechthin (ohne besondre Bezeichnung der Sorte) contrahiret ward, schließt die Vertragsbestimmung, daß Spalter oder Böhmischer Hopfen geliefert werden solle, geradezu aus.

Ebenso ist das Nichtseyn der Bedingtheit oder Vertagung eines Rechtsverhältnisses gehörig nachgewiesen, wenn die Entstehungshandlung dieses Rechtsverhältnisses dargethan ist, und dabey von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt. Denn die stipulatio pura und die stipulatio sub die vel conditione schließen sich gegenseitig aus, und sind demnach solche Thatsachen nachgewiesen, nach welchen die in Frage stehende Willenshandlung den Inhalt einer stipulatio pura hatte, so ist auch der Verneinungsbeweis, daß sie den Inhalt einer stipulatio sub die vel conditione nicht hatte, zugleich mitgestellt.

Die Frage, ob, wenn in der Urkunde von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt, dadurch schon hergestellt sey, stipulationem puram fuisse? — ist also bejahend zu beantworten, und folglich kann auf eine solche Urkunde, wenn sie nur sonst die Erfodernisße einer guarantigiirten hat, der Executivprozeß allerdings begründet werden m).

§. 4.

Wie kömmt es aber, daß ungeachtet so

---

m) Daß der Executivprozeß auch bey Klagen aus einem Bilateralcontrakte statt finde, wird heutzutage wohl nicht mehr bezweifelt; nur muß der Kläger zugleich urkundlich nachweisen, daß er seinerseits erfüllt habe. Pufendorf observ. Tom. III obs. 210. von Bülows und Hagemanns praktische Erörterungen Band III. Nro. 26 not. 2. Glück im Commentar. Band 17. S. 238—9. Aber eben in der Nachweisung der seinerseits geschehenen Erfüllung ist hier die Nachweisung des „diem venisse“ enthalten. Fr. 11 §. 2 fr. 13 §. 8 fr. 25 de A. E. V. — Ja selbst dann scheint dem von dem Käufer anzustellenden Executivprozeße Nichts im Wege zu stehen, wenn er urkundlich nachweist, daß ihm der Verkäufer auf eine gewiße Zeit Credit gegeben habe.

sprechender Gründe, so deutlicher Gesetze für das Gegentheil, viele Rechtsgelehrten die Bestimmung des Zahlungstermines in der Urkunde oder die Bescheinigung der vorhergegangenen Aufkündigung als nothwendiges Erfoderniß zur Begründung des Executivprozeßes ansehen?

Dies läßt sich wohl zum Theil aus einer Verwechslung des Zeitpunktes, da der Gläubiger seine Forderung geltend machen kann, und desjenigen, da der Verzug des Schuldners beginnt, erklären. Um einen Anspruch gerichtlich verfolgen zu können, wird erfodert, daß der Schuldner itzt schon zur Erfüllung verbunden ist (diem venisse); keineswegs muß aber ein Verzug des Schuldners vorhanden seyn. Diese beyden Momente, die Möglichkeit der Geltendmachung von Seite des Gläubigers und die Entstehung des Verzugs von Seite des Schuldners sind wohl voneinander zu unterscheiden. Allerdings kann ein Verzug des Schuldners nicht eher beginnen, als bis der Geltendmachung des Rechtes von Seite des Gläubigers nichts

mehr im Wege steht. Aber die rechtliche Möglichkeit, itzt schon die Erfüllung der Obligation vom Schuldner zu fordern, versetzt diesen noch nicht in Verzug. Hierzu genügt nicht die Möglichkeit des Forderns, sondern es gehört dazu eine wirkliche Anforderung, Anmahnung, Aufkündigung, n) welche auf eine in Rücksicht des Orts und der Zeit unverwerfliche Weise geschieht. Die Stelle des nachfolgenden facti der Interpellation vertritt die zum voraus, bey Begründung der Obligation, geschehene Bestimmung

---

n) Fr. 32 pr. de usuris: „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud judicem examinabitur. Nam (ut et Pomponius libro duodecimo Epistolarum scripsit) difficilius est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse; cum sit magis facti, quam juris. Vgl. fr. 36 §. 3 de legatis I, Fr. 23 de V. O. Schweppe a. a. O. §. 387.

des Zahlungstages, indem es von diesem Falle heißt: „dies interpellat pro homine“ o).

Aber selbst die geschehene Interpellation, oder der Eintritt des vorher bestimmten Zahlungstermines begründen nicht immer den Verzug. Denn verzögert der Schuldner die Zahlung aus rechtmäßigen Gründen, so entsteht keine mora p).

Die Befugniß, ein entstandenes Recht zu verfolgen, ist durch den Verzug des Schuldners nicht bedingt; ihr Gegenstand wird aber durch die Folgen des Verzuges gesichert und erweitert.

Wäre aber der Verzug des Schuldners wirklich eine Vorbedingung des Rechts, zu klagen, dann könnte allerdings der Executiv-

---

o) fr. 23 de oblig. et act. C. 12 de contr. stip. In diesem Falle treffen die Möglichkeit der Geltendmachung und der Eintritt des Verzugs zufällig zusammen: — und dies zufällige Zusammentreffen mag die nächste Gelegenheit zur gänzlichen Verwechslung dargeboten haben.

p) Fr. 21 de usuris: „sciendum est, non omne, quod differendi causa optima ratione „fit, morae adnumerandum etc.“

prozeß nur insofern stattfinden, als entweder in der Urkunde selbst ein Zahlungstermin vorgesteckt, und zur Zeit der Klagstellung abgelaufen, oder zugleich eine Bescheinigung über die früher geschehene Aufkündigung beygebracht ist. — Allein, so wenig man im ordentlichen Prozeße die Anführung eines abgelaufenen Zahlungstermins oder der geschehenen Aufkündigung als wesentliches Erfoderniß des Libells behaupten kann, eben so wenig im Executivprozeße die Beurkundung dieser Momente. Das „diem venisse" und das „moram factam esse" sind ganz verschiedene Dinge. Scheidet man sie aber nicht, werwechselt man sie miteinander, so muß man allerdings eine Urkunde, in welcher über den Zahlungstermin nichts vorkömmt, in Beziehung auf die Begründung des Executivprozeßes für mangelhaft halten.

§. 5.

Ein anderes Motiv dieser irrigen Ansicht kann in einer Verwechslung der Grundsätze des Executionsverfahrens mit denen des Executivprozeßes gefunden werden.

Ist die Liquidität eines Anspruchs gleich vollkommen außer Zweifel gesetzt, und sogar rechtskräftig ausgesprochen, so kann doch im Entstehungsfalle sofortiger Zahlung nicht sogleich zur Hülfsvollstreckung geschritten werden; sondern, bevor die Letztere eintritt, muß dem Schuldner noch eine billige Frist, (modicum tempus) den Gläubiger klaglos zu stellen, gestattet worden, und nun abgelaufen seyn q).

Diese letzte vor der Hülfsvollstreckung zu ertheilende Frist verwechselt man nun mit dem Zahlungstermin, der gekommen seyn muß, ehe man einen Anspruch gerichtlich verfolgen kann. Eine gleiche Frist, wie sie nach dem Ende eines Rechtsstreits der Vollziehung eines gefällten und rechtskräftig gewordenen Urtheils vorhergehen soll, will man vor dem Be-

q) Fr. 21 §. 12 de receptis fr. 21 §. 1 de constituta pecunia. §. 2 de offic. jud. fr. 7, 31 de re judicata. C. 2, 3 §. 1 de usuris rei judicatae c. 15 X de sent. et re judicata.

ginne der gerichtlichen Verfolgung eines behaupteten Rechts eingehalten wißen. So wie vor der Hülfsvollstreckung der verurtheilte Beklagte, so soll der künftige Beklagte vor Anstellung der Klage zur Zahlung binnen gewißer Frist aufgefodert worden seyn. Man fordert insbesondre die Nachweisung des präjudiciellen Ablaufs einer solchen Frist bey Erhebung der Klage in einer Prozeßart, die durch ihre Benennung (Executivprozeß) an die Executionsinstanz erinnert, und durch ihr schleuniges Verfahren diese früher herbeyführt.

Aber wer nur flüchtig erwägt, welche ungeheure Kluft zwischen der Möglichkeit, eine Klage anhängig zu machen, und der Reifheit der Sache zur Hülfsvollstreckung liegt, welch ein Unterschied zwischen einem klagbaren und einem rechtskräftig anerkannten Rechte obwalte, auf wie hundertfältige Weise derjenige, dem die Nativität seiner Klage nicht zu bestreiten ist, den Prozeß verlieren könne: — der wird kaum begreifen, wie man diese entgegengesetzten Stadien der

Rechtsverfolgung mit einander verwechseln, und die Erhebung der Klage unter die Bedingungen der Hülfsvollstreckung stellen könne.

Aber auch das ist noch zu erinnern, daß diejenigen, welche von solchen Ansichten ausgehen, wenn sie consequent bleiben wollen, auch dann den Executivprozeß nicht zugeben dürfen, wenn auch in der Urkunde der Zahlungstermin besonders bestimmt und nun abgelaufen ist. Denn auch da, wo es außer Zweifel ist, daß der Schuldner schon heute zur Erfüllung verbunden sey, kann die Hülfsvollstreckung erst nach dem Ablaufe einer neuerdings vorgesteckten Frist eintreten; der Executivprozeß könnte demgemäß auch in diesen Fällen nur in sofern Platz greifen, als der Kläger nachweist, daß seiner Klage eine Aufkündigung vorhergegangen, und von dieser ein modicum tempus verlaufen sey.

§. 6.

Nach Erledigung der Hauptaufgabe dieser Erörterung sey es mir vergönnt, noch einige Bemerkungen über die Fälle, wo in der

Urkunde eine Aufkündigung verabredet, oder ein Zahlungstermin in unbestimmten Ausdrücken festgestellt wurde, hinzuzufügen.

Ist in der Urkunde eine Zeit bestimmt, welche von der Aufkündigung an bis zum Eintritt der Zahlungsverbindlichkeit verlaufen soll, so muß der Executivkläger gleichfalls urkundlich darthun, daß und wann die Aufkündigung geschehen sey, und nur in sofern kann der Richter dem Executivprozesse itzt schon statt geben, als er aus dieser Nachweisung ersieht, daß die festgesetzte Zeit von der Aufkündigung verlaufen sey.

Irrig behauptet Kori r), der Kläger könne, statt die Aufkündigung urkundlich nachzuweisen, in dem Klagschreiben den Richter ersuchen, daß er dem Schuldner in der Ladung zu dem auf den Fall der Nichtzahlung anberaumten Termin so viel Frist gebe, als die Aufkündigungszeit beträgt. — Vielmehr kann itzt von irgend einer Ladung, von Instruction der Sache in irgend einer Prozeß-

r) A. a. O. §. 14 Nro. 4.

art noch gar nicht die Rede seyn. Denn erst mit dem Ablauf der Aufkündigungszeit wird die actio nata s); itzt erst kann von Erhebung der Klage, also auch von einer Ladung zur Vernehmlassung oder zur Erklärung über die producirte Urkunde die Rede seyn. Die Verfügung des Richters auf die Bitte um gerichtliche Aufkündigung ist ein Act der freywilligen Gerichtsbarkeit; eine Ladung zur Vernehmlassung, eine Terminsbestimmung zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde, ein bedingter Zahlungsbefehl kann nur eventuell damit verbunden, und erst von dem Ablauf der Aufkündigungszeit an wirksam werden.

Dieselben Grundsätze müssen die Entscheidung leiten, wenn es in der Urkunde

---

s) Erst nach dem Ablauf der Aufkündigungszeit kann man sagen: „dies venit, peti potest pecunia“ und mit diesen Ausdrücken hat der: „actio nata est.“ gleiche Bedeutung. Die Gesetze unterscheiden mit denselben die Zeit der Geltendmachung von der Zeit der Entstehung des Rechtes. Einen andern Unterschied im Daseyn der Rechte kennen sie nicht. Vgl. fr. 213 pr. de V. S. mit fr. 98 §. 1 de V. O.

überhaupt heißt: „nach vorgängiger Aufkündigung." Hier muß die nähere Bestimmung der Zeit, welche von der Aufkündigung an laufen soll, durch ein arbitrium boni viri nachgeholt werden. An und für sich ist die Urkunde zur Begründung des Executivprozesses nicht geeignet. Aber der Gläubiger kann den Richter zuvor um Aufkündigung und Feststellung einer billigen Frist bitten, und, wenn dies geschehen ist, nach Ablauf der letzteren seine Executivklage anbringen, oder sie auf diesen Fall mit dem Gesuche um Aufkündigung eventuell verbinden.

Ein gleiches arbitrium muß auf dieselbe Weise vorhergehen, wenn der Zahlungstag in der Urkunde mit den unbestimmten Worten: „ehestens, in Kurzem" ausgedrückt ist t).

§. 7.

Den Executivprozeß für ganz unzulässig

---

t) Kori a. a. O. Wernher observ. for. Tom. III. P. IV. obs. 93. Glück im Commentar. B. 12 S. 94—5.

halte ich, wenn der Schuldner in der Urkunde verspricht, seine Schuld „so bald als möglich, so wie es seine Umstände zuließen, nach Gelegenheit" zurückzuzahlen. Denn hier kann sich das richterliche Ermessen, ob die Möglichkeit, die Umstände, die Gelegenheit itzt schon vorhanden seyen, nur auf eine ausführlichere Untersuchung fußen, und in Urkunden kann darüber wohl die Basis zu einem Beweis durch Schlußfolgerungen u), nie aber ein

u) Wenn der Kläger nachweißt, daß dem Beklagten eine bedeutende Erbschaft zugefallen sey, daß er eine große Schenkung erhalten oder sonst einen erheblichen Gewinn gemacht habe, so sind diese Fakta doch nicht identisch mit dem zu beweisenden Faktum, „daß es dem Beklagten möglich, gelegen, bequem sey u. d. g.," sondern der Richter muß erst durch eigene innere rationelle Wahrnehmung nach allgemeinen logischen Schlußregeln aus den erwiesenen Thatsachen das Seyn des zu beweisenden Faktum schließen. Die auf diese Weise entstehende praesumtio hominis kann aber fast niemals für sich eine volle juristische Ueberzeugung produciren. S. Gensler im Archive für die civ. Praxis. B. I. S. 35—7.

vollständiger Beweis selbst geliefert werden. — Freylich sind die Meinungen darüber getheilt, ob es in solchen Fällen zum Klagegrunde des Gläubigers gehöre, daß es dem Schuldner itzt möglich sey, daß es seine gegenwärtigen Umstände zulassen, daß er grade Gelegenheit habe, seine Schuld abzutragen; — oder ob diese Momente nicht vielmehr blos in der Executionsinstanz zur Sprache kämen, und hier ein nachsichtigeres billigeres Verfahren gegen den Schuldner motivirten. Aber diese letztere Ansicht gehört zu den Irrthümern, die zwar in der Praxis allgemein, aber hierdurch nicht zur Wahrheit werden können. Sie ist dem Buchstaben und dem Geiste der Gesetze geradezu entgegen. In fr. 125 de V. S. heißt es:

„Nepos Proculo suo salutem: ab eo, „qui ita dotem promisit: cum commodum erit, dotis filiae meae „tibi erunt aurei centum, putasne, protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid, si ita promisisset, „cum potuero, doti erunt? quod

„si aliquam vim habeat posterior ob-„ligatio, possit verbum quomodo „interpretaris? utrum aere alieno de-„ducto, an extante? Proculus: cum „dotem quis ita promisit, cum po-„tuero, doti tibi erunt centum: „existimo, ad id, quod actum est, in-„terpretationem redigendam esse? nam „qui ambigue loquitur, id loquitur, „quod ex his, quae significantur, sen-„sit: propius est tamen, ut hoc eum „sensisse existimem, deducto aere alie-„no potero: potest etiam illa accipi „significatio, cum salva dignitate pote-„ro: quae interpretatio eo magis acci-„pienda est, si ita promissum est, cum „commodum erit, hoc est, cum „sine incommodo potero."

In diesem Fragmente stellt Proculus den Grundsatz auf, man müsse bey dergleichen Versprechen auf das id quod actum est sehen. Aber indem er untersucht, unter welchen Umständen man nach dem id quod actum est das posse, das commodum

esse von Seite des Promittenten annehmen könne, setzt er voraus, daß der Promissar nicht eher klagen könne, als bis das posse, das commodum esse von Seite des Promittenten vorhanden sey. Von den Bedingungen des peti posse, nicht von denen des judicatum exequi v) ist die Rede. Was zur vis obligationis gehöre? wird gefragt w), nicht, was in solchen Fällen der actio judicati entgegen gesetzt werden könne?

Wenn nun das posse, das commodum esse von Seite des Promittenten zur Reife des Klagerechts des Promissars erfodert wird, so ist auch ausgemacht, daß Letzterer, wenn er seinen Anspruch durchsetzen will, dies Erfoderniß beweisen müsse. Freylich wird dieser Beweis auch negative Verhältnisse (reum sine incommodo posse) umfassen müssen,

---

v) Ueber diesen Ausdruck Vgl. fr. 15 §. ult de re judicata fr. 75 §. ult. de judiciis.

w) Ueber Vis obligationis Vgl. fr. 27 de O. et A. —

aber darin liegt kein Grund, die Beweislast zu verändern x).

Dies Resultat ist auch der allgemeinen Natur solcher Vertragsbestimmungen ganz gemäß. Die Erklärung „der Schuldner solle nach Gelegenheit, wenn es ihm bequem, wenn es ihm möglich sey, zahlen" enthält offenbar die Bestimmung eines Zahlungstermines. Dieser Termin ist auf eine Thatsache gestellt, von der es ungewiß ist, ob und wann sie eintreten werde. Eine solche Zeitbestimmung ist zwar hier nicht als Bedingung zu behandeln y), weil sie nicht in der Absicht, das Recht selbst, sondern nur die Erfüllung zu verschieben, hinzugefügt wurde, und über das Daseyn der Bedingung der Wille der Disponenten entscheidet z); aber sie kann doch keinen andern Sinn ha-

---

x) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Band I S. 271.

y) Fr. 16 — 18 fr. 56 de condict. indeb. Schweppe a. a. O. §. 120.

z) Fr. 19 de cond. et dem. Averanius Interpret. Juris. Lib II Cap. 16 n. 9. Sehr treffend äußert sich hierüber Thibaut im Pandek-

ben, als daß der Gläubiger das Geschuldete zu fodern nicht eher befugt seyn soll, als bis die Umstände eintreten, auf deren Eintritt der Termin gestellt ist. Der Eintritt dieser Umstände ist also eine Vorbedingung seines Klagerechts, deren Daseyn er beweisen muß a).

Diese Ansichten werden noch durch einige Interpretationsregeln bestärkt. Einmal ist es Grundsatz, daß im Zweifel über die Auslegung einer Aeußerung die gegen den Eintritt der Verbindlichkeit entscheidende gewählt werde b). Dies ist verordnet in fr. 99. pr. de V. O. wo Celsus sagt: „Quid„quid adstringendae obligationis est, id ni„si palam verbis exprimitur, omissum in„telligendum est: ac fere secundum pro„missorem interpretamur: quia stipulatori „liberum fuit, verba late concipere" c).

Könnte man wirklich noch darüber in Zweifel seyn, in welchem Sinne man die oben erwähnten unbestimmten Bezeichnungen des Zahlungstermines nehmen solle, so würde er

---

tenrechte §. 127: „Ist über die Zeit der Er„füllung etwas bestimmt, so kömmt natürlich „Alles darauf an, wie dieß geschehen ist."

a) Derselben Meinung sind: Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2ter Th. Bem. 43. Glück im Commentar B. 12. S. 95.

b) Schweppe a. a. O. §. 124.

c) Vgl. fr. 47 in med. de oblig. et act.

durch diese Regel für die Auslegung gehoben. Mag gleichwohl der Gläubiger, indem er ein in Rücksicht der Erfüllungszeit so unbestimmtes Versprechen annahm, nicht der Meinung gewesen seyn, seinem Klagerechte so bedeutsame Hindernisse in den Weg zu legen; — er hat solches (quod adstringendae obligationis est) nicht ausdrücklich erwähnt, und wir müssen nun die Folgen des Geschäftes lediglich nach den Aeußerungen des Promittenten bestimmen.

Zu demselben Resultate führt offenbar die Verordnung des fr. 66. de judiciis: „Siquis intentione ambigua vel oratione „usus sit, id, quod utilius ei, accipiendum „est.“

§. 8.

Mit den Resultaten dieser Abhandlung sind die Bestimmungen der vaterländischen Gerichtsordnung (Codex Juris Bavarici Judiciarii), und die Aeußerungen ihres halbofficiellen Commentators, Kreittmayr, durchaus im Einklange.

Von dem Executivprozesse spricht die Gerichtsordnung im dritten Kapitel §. 3, wo es 5) also heißt:

„Kann zwar in verbrieften und liquiden „Schuldforderungen, woraus sowohl

„das quantum, als das quale,
„nebst der Person des Schuld-
„ners und Gläubigers genügend
„erscheint, die Klage communicirt
„werden, man soll aber auch allezeit zu-
„gleich eine Commission ad producen-
„dum originale anberaumen, und wenn
„hierbey das Instrument weder diffitirt,
„noch durch andere rechtserhebliche und
„in continenti liquidirliche Einwendun-
„gen abgelehnt werden kann, ohne wei-
„ters zur Execution schreiten, und alles
„übrige, was altioris indaginis est,
„gleichwohl praestita cautione ad se-
„paratum processum verweisen.“

Auch unsere vaterländische Prozeßgesetzgebung fodert demgemäß nicht, daß in der Schuldurkunde eine besondere Bestimmung des Zahlungstermines enthalten sey oder sonst urkundlich nachgewiesen werde. Ueber den Gegenstand der in den §§. 6 und 7 enthaltenen Untersuchungen giebt sie keine nähere Vorschrift. Wohl aber bemerkt Kreittmayr in seinen Anmerkungen zu der angeführten Stelle, daß der Executivprozeß nicht stattfinde, wenn die Bezahlung mit der Clausel, „sobald es möglich“ versprochen worden.

III.

Kleinere Aufsätze.

I.

Ueber das Vorrecht des Landesherrn und des Fiscus, an fremden Sachen dingliche Rechte zu übertragen.

In allen Lehr- und Handbüchern des römischen Privatrechts findet sich der Grundsatz, daß derjenige, dem der Regent oder der Fiscus eine Sache zum Eigenthum übertragen habe, sofort vor jeder Eviction derselben sicher sey a). — Einige beschränken ihn gar darauf, wenn Jemand vom Fiscus oder dem

a) Vgl. Glücks Commentar B. 8 S. 158. Leyser spec. 239 med. 4. — Hellfeld jurispr. for. ed. Schneidt. §. 460. — J. H. Boehmer Introd. in Jus dig. L. VI. Tit. I §. 4. Gesterdings Lehre vom Eigenthum. §. 48.

Regenten eine Sache als Eigenthum erstanden hat b): „Qui a fisco emit, securus est.“ — Nur selten wird dies landesfürstliche und fiscalische Vorrecht in solchem Umfange angegeben, wie ihn oben die Ueberschrift dieses Aufsatzes bezeichnet c). Nach der deutlichen Bestimmung der Gesetze ist es aber weder auf Eigenthumsübertragungen, noch gar auf Uebertragungen durch Verkauf beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf Verleihungen anderer dinglicher Rechte und Gerechtigkeiten (jura incorporalia), und findet gleichmäßig statt, mag die Uebertragung durch irgend welchen Veräußerungstitel geschehen seyn d).

---

b) So Thibaut im Pandektenrecht §. 566.

c) Schweppes Römisches Privatrecht §. 242.

d) C. 3 de quadriennii praescriptione: „et „nemo audeat eos, qui res accipiunt per quemcunque titulum alienationis sive mobiles, sive immobiles, seu se moventes, vel jura incorporalia — — — judiciis adficere, vel sperare aliquem contra eos esse sibi viam apertam: sed omnis aditus praecludatur, omnis motus et spes hujus petulantiae.

Zu dieser Bemerkung ward ich durch einen praktischen Fall veranlaßt. Eine Gemeinde stellte in Rücksicht des Weiderechts, welches ein Gutsherr auf ihre Felder ausübte, gegen diesen die Negatorienklage an. Motivirt durch den gangbaren Irrthum über die Vermuthung für die natürliche Freyheit ergieng ein Zwischenbescheid dahin: „Würde Beklagter beweisen, daß ihm das Weiderecht auf den Feldern der klagenden Gemeinde zustehe, so solle ferner ergehen, was Rechtens.“

Beklagter trat diesen ihm auferlegten Beweis durch Produktion von Lehenbriefen an, nach deren Inhalt die streitige Servitut seinen Vorfahren vor mehrern hundert Jahren von dem Landesherrn der klagenden Gemeinde zu Lehen gegeben, und diese Belehnung immerfort bis zur jüngsten Zeit erneuert worden war. Gegen die Aechtheit der producirten Urkunden war keine Einwendung zu machen, und es fragte sich nur, ob der Richter in dem Inhalte derselben genügende Gründe finden könne, um den rechtlichen Erwerb der bestrittenen Weidegerechtig-

keit von Seite des Beklagten als wirklich geschehen annehmen zu dürfen. Nach der obigen Bemerkung über den Umfang des landesherrlichen Vorrechtes, an fremden Sachen dingliche Rechte gültig zu übertragen, muß diese Frage offenbar bejaht werden. Denn der Producent hat nachgewiesen, daß er selbst, und diejenigen, a quibus caussam habet, mit der streitigen Servitut auf die Fluren der klagenden Gemeinde von dem Landesherrn e) derselben belehnt worden seyen; die Belehnung ist aber eine Art von Veräußerung f); jenes Vorrecht umfaßt, wie gezeigt wurde „quemcunque alienationis titulum“ und insbesondre auch Veräußerungen von „jura incorporalia“ zu welcher die Servituten unbezweifelt gehören; — also hat Producent nachgewiesen, daß er die fragliche Weidegerechtigkeit unbestreit-

---

e) Munificentiae principalis nomine. C. 2 de quadr. praesc.

f) G. L. Boehmer J. F. §. 43: „Constitutio feudi Infeudatio vocatur; speciemque continet alienationis.“

bar erworben habe; und der Sieg Rechtens muß ihm sofort zugesprochen werden:

„Ipsi quidem securi statim fiant, et „victores existant, sive experian„tur, sive conveniantur.“ g)

Vielleicht möchte Einer oder der Andre die praktische Anwendbarkeit der angeführten Gesetze bezweifeln; aber wollte man sich für die Unanwendbarkeit entscheiden, so müßte man alle andre Vorrechte des Regenten und des Fiscus, welche in den römischen Gesetzen begründet sind, gleichermassen verwerfen. Der Inhalt der angezognen Stellen hat durchaus keinen eigenthümlichen Grund in der Verfassung des alten römischen Kaiserreichs. Die ratio legis erscheint uns vielmehr als ganz allgemein. Leyser sagt darüber: h)

„Quaeri istarum legum rationem opor„tet in fide et securitate publica. In„terest nempe totius reipublicae, ut

g) §. 14 I. de usucap.

h) Med. ad P. spec. 239. med. 4.

„tuti sint, qui cum fisco, principem „totumque populum repraesentante, „contrahunt. Ipsa quasi respublica in „istiusmodi contractibus fidem suam „interponit. Haec ergo certissimum „et sanctissimum perfugium praestare „debet."

Ob dieser Grund die Prüfung einer gesunden Politik aushalte, darauf kann es natürlich, um die Anwendbarkeit des dadurch motivirten Gesetzes zu rechtfertigen, durchaus nicht ankommen, sondern nur darauf, ob er sein Princip nicht in der besondern Verfassung des römischen Kaiserreichs habe. Daß aber derselbe auf alle möglichen Gestaltungen des Gemeinwesens passe, wird wohl von Niemand geleugnet werden i).

Darum sind es nur äußerst wenige Schriftsteller, welche die heutige Anwendbar-

---

i) Auf landesherrliche und fiscalische Veräußerungen nach dem 26ten Mai 1818 möchte diese Verordnung des Hülfsrechtes bey uns in Gemäßheit der Verfassungsurkunde Tit. IV §. 8 wohl kaum mehr anwendbar seyn.

keit der fraglichen Gesetze bezweifeln. Kind k) führt zwar eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes in Sachsen gegen die Anwendbarkeit auf; aber ob er selbst dieser Meinung beypflichte, ist aus seiner Erörterung mit Bestimmtheit nicht zu entnehmen. Er sagt von Leysers oben angezogener Aeußerung:

„attamen argumenta, quibus in hanc „rem usus est, parum idonea mihi es„se videntur.“

Allein warum er diese argumenta für parum idonea halte, giebt er nicht an, sondern bemerkt nur, daß der supremus provocationum Senatus einmal für das Gegentheil entschieden, und der Regent diese Entscheidung begnehmigt habe.

Wenn man erwägt, wie viele Gerechtsamen insbesondere der adeligen Gutsbesitzer ihre Entstehung in landesherrlicher Verleihung haben, und wie häufig in unseren Tagen diesen Gerechtsamen von den Ver-

k) Quaest. for. ed. II. Tom. III. cap. 29.

pflichteten quaestio status movirt wird, so springt die Wichtigkeit gegenwärtiger Untersuchung klar in die Augen.

Um aber in jedem Falle bemessen zu können, ob es der princeps, der Landesherr war, welcher die Verleihung machte, muß man wohl die Geschichte der Ausbildung der Landeshoheit sorgfältig zu Rathe ziehen.

II.

Ueber die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die einzelne Fragepunkte schwankend, unbestimmt oder gar irrig beantworten.

Widersprüchen eines Zeugen mit sich selbst, dem Schwanken und der Unbestimmtheit in den Aussagen, oder gar der offenbaren Falschheit Einzelner derselben legt man gewöhnlich einen sehr nachtheiligen Einfluß auf die Glaubwürdigkeit bey; und mit Recht, weil

man von diesen Umständen auf einen Mangel entweder der Fähigkeit oder des Willens, die Wahrheit zu sagen, schließen kann.

Aber es kann auch Fälle geben, wo das Schwanken und die Unbestimmtheit des Zeugen bey einzelnen Aussagen die Glaubwürdigkeit desselben nicht nur nicht mindert, sondern sogar erhöht.

Gewöhnlich sind die ersten Artikel, worüber der Zeuge vernommen werden soll, im Allgemeinen darauf gestellt, ob derselbe von dem Verhältnisse, dessen Daseyn zu bewahrheiten ist, überhaupt Kenntniß habe. Da kommt es nun häufig vor, daß der Zeuge auf solche allgemeine Fragen erklärt: „er habe allerdings Wissenschaft davon, aber ob er über alle Umstände ganz genaue und richtige Rechenschaft zu geben im Stande sey, das könne er nicht verbürgen: — er sey allerdings dabey gewesen, habe aber, so wie er meine, nicht ganz genau Acht gegeben, — er zweifle, ob er seinem Gedächtnisse vollkommen trauen dürfe, u. dgl.“ — Wenn nun auch der Zeuge die allgemeineren Artikel auf

eine so schwankende, zweydeutige Weise beantwortet, sich aber auf die folgenden Artikel, welche die einzelnen Umstände des zu erweisenden Verhältnisses enthalten, klar, fest und bestimmt erklärt hat, so kann man wegen jenes Schwankens, jener Unbestimmtheit die Glaubwürdigkeit dieser festen, bestimmten Aussagen noch nicht für geschmälert halten. Denn der Zeuge, der eben erst, unter Androhung zeitlicher und ewiger Strafen des Meineides, mit religiöser Feyerlichkeit beeidigt wurde, scheint durch jene unsichern, ausweichenden Antworten nur sein Gewissen vor dem Vorwurfe einer etwa nicht ganz richtigen Aussage verwahren zu wollen. Er ist ängstlich besorgt, nicht im geringsten mehr zu sagen, als er bestimmt weiß, und ist eben deßwegen in Rücksicht desjenigen, was er bestimmt und fest aussagt, vollkommen glaubwürdig. Als er über seine Wissenschaft von dem Verhältnisse überhaupt zuerst allgemein befragt wurde, wußte er sich aller dabey vorgekommenen Umstände nicht sogleich deutlich zu errinnern; indem ihm aber nun diese ein=

zelnen Umstände durch die folgenden Artikel ins Gedächtniß zurückgerufen werden, wird ihm Alles, was und wie es sich zugetragen, wieder anschaulich, und er giebt darüber gründliche, klare Rechenschaft. — Betrachten wir nun das ursprüngliche Schwanken und Ausweichen aus diesem Gesichtspunkte, so ergiebt sich die oben angedeutete Folge, daß es die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht nur nicht verminderе, sondern eher noch vermehre.

Eben so wenig kann man einen Zeugen geradezu für verdächtig halten, wenn er etwa in einem Nebenpunkte eine unrichtige Angabe machte, insbesondere wenn er Zahlenverhältnisse unrichtig angab. Denn hier mag ein error calculi in Mitte liegen, ohne daß man hiervon auf Unfähigkeit, vorgefallene Thatsachen wahrzunehmen und im Gedächtnisse zu bewahren, oder auf Mangel an Willen, das Wahre zu sagen, bündig schließen könnte.

Freylich kömmt in solchen Fällen das Meiste auf die individuellen Eigenschaften des Zeugen an; aber für das richterliche Ermes-

sen, welches hier so freyen Spielraum hat 1), dürften die hier vorgetragenen Bemerkungen doch nicht unwichtig seyn.

III.

Ueber die heutige Anwendbarkeit der römischen Grundsätze von iter, actus, via.

Schweppe sagt in seinem Römischen Privatrechte §. 290:

„In Rücksicht der Wege führt das Römische Recht iter, actus, und via an, deren nähere Bestimmungen auf dem Römischen Sprachgebrauch beruhen, und bey uns unanwendbar sind."

---

1) Fr. 13 de testibus. c. 5. X de test. cog. — Vgl. Kreittmayrs Anmerkungen zum Cod. Judic. Cap. X. §. 17.

Diese Bemerkung ist bey der Anwendung der römischen Grundsätze von diesen Servituten wohl zu berücksichtigen. Denn wenn z. B. die servitus itineris in unsern Gesetzen als das Recht bezeichnet ist, sich eines Pfades über das Grundstück eines Andern zum Gehen oder Reiten zu bedienen, oder auch in einer Sänfte darüber tragen zu lassen, so hatte dies darin seinen Grund, weil die Römer unter iter einen Weg verstanden, dessen man sich zum Gehen und Reiten und zum Tragen in einer Sänfte bedienen konnte m). Da wir aber in der deutschen Sprache keine Bezeichnung eines Begriffes haben, welcher dem des römischen iter entspricht, so sind auch bey uns die Rechtsgrundsätze unanwendbar, welche bey den Römern aus dem Sprachgebrauche des Wortes iter entstanden sind, und hierin ihre Bedeutung für das Leben

---

m) In fr. 12 de serv. pr. rust. sagt Modestin: „Iter est enim, qua quis pedes vel eques „commeare potest." — und in fr. 7 pr. eod. Paulus: „Qui sella aut lectica vehitur, „ire, non agere dicitur."

hatten. — Wem also heutzutage das Recht des Fußpfades bestellt wurde, der kann denselben nicht so breit begehren, daß er auch reiten und sich in einer Sänfte tragen lassen kann. Eben so verhält es sich mit den römischen Bestimmungen, daß der zum actus Berechtigte den Weg auch zum Fahren benutzen könne n), daß auf der via auch Steine und Balken geschleift werden dürfen o), daß die via in gerader Linie 8 und in der Biegung 16 Fuß haben muß; u. s. w. p).

Auch bey Anwendung des allgemeinen Grundsatzes: „aus der größeren Art „der Wegegerechtigkeit solle immer „auch die geringere folgen" q) muß man dies Verhältniß der Rechtsvorschriften zum Sprachgebrauche wohl beachten. Zwar entscheidet das römische Recht bestimmt, daß die servitus itineris die geringste, die servi-

n) Fr. 1, 12 eod.
o) Fr. 7 eod.
p) Fr. 8 eod.
q) Fr. 1 pr. eod.

tus viae die größte Art sey. Aber diese Classification kann nach den obigen Bemerkungen keine bindende Richtschnur seyn. Man muß vielmehr stäts auf die individuellen Umstände des concreten Falles sehen. Das Recht, eine ganze Heerde Rindvieh zu treiben, möchte aber allerdings größer seyn, als das, mit einem gewöhnlichen Wagen zu fahren.

IV.

Ueber das Mithutungsrecht des Eigenthümers.

Daß eine bestehende Weideservitut die Mithut (jus compascendi) des Eigenthümers nicht ausschließe, ist unbestritten, eben so, daß dieses Mithutungsrecht durch blossen Nichtgebrauch nicht verloren gehe r). Auch

r) Glück im Commentar §. 680. Hagemanns practische Erörterungen. VIter Band Nro. 12.

ist man darüber einverstanden, daß, im Falle der Ertrag der Weide für beyde Heerden nicht zureicht, vor Allem darauf zu sehen sey, ob die Zahl des Viehes, welches der Hutberechtigte weiden darf, ausdrücklich bestimmt sey oder nicht? Ist sie bestimmt, so muß der Eigenthümer insoweit weichen, als durch die Mithut die Fütterung für die bestimmte Anzahl Viehes, welche der Servitutberechtigte zu weiden befugt ist, geschmälert würde s). Ist eine solche Bestimmung nicht vorhanden, so sind (nach der richtigeren Meinung) t) die Rechte beyder Theile als ganz gleich anzunehmen, und hiernach die Bestimmung durch ein arbitrium boni viri zu treffen u).

Sehr bestritten aber und sehr wichtig ist die Frage, ob, so wie der Erwerb der

s) Fr. 13 §. 1 de serv. praed. rust. Kind quaest. for. ed. II. Tom. II cap. 33. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. Bed. 117 §. 3.

t) Sie rechtfertigt sich insbesondre durch das angeführte fr. 13 §. 1 de serv. praed. rust.

u) Kind. l. c. Glück im Commentar a. a. O.

Weideservitut überhaupt, so auch die Bestimmung der Anzahl des zu weidenden Viehes, und der Erwerb der Befugniß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfalle auszuschließen — durch Verjährung geschehen könne, und welches die Erfordernisse dieser Acquisitivverjährung seyen?

Der Bearbeiter des Weiderechts, Münter v), hält dafür, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes immer eine solche Anzahl Viehes, als der Berechtigte die Verjährungszeit hindurch getrieben habe, auch fernerhin zulassen, und auch in so weit mit seiner Mithut im Collisionsfalle weichen müsse. Denn nach C. 6 de servitutibus et aqua entscheide in dergleichen Collisionsfällen die statuta consuetudinis forma, d. h. der bisherige Besitz.

Andre hingegen, so insbesondre Kind w), nehmen den Verjährungserwerb der Befug-

---

v) Das Weiderecht, von Dr. J. C. C. Münter. Neue Auflage. Hannover. 1810 — §. 64.

w) Quaest. for. l. c.

niß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfalle auszuschließen, nur in sofern und in soweit an, als sich der Hutberechtigte einmal der Ausübung der Mithut widersetzt, und der Eigenthümer sich dabey die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat.

Diese letztere Meinung scheint allerdings die richtigere zu seyn. Freylich ist derjenige, welcher eine Servitut durch Verjährung erwarb, dieselbe gerade so und in demselben Umfange auszuüben befugt, wie er sie während dem Laufe der Verjährungszeit besessen hat. Tantum praescriptum, quantum possessum. — Allein Handlungen, welche den Inhalt einer Servitut ausmachen, können nur dann als Besitz-Handlungen angesehen werden, wenn sie den Charakter der Rechtsausübung tragen. x) Wenn eine Handlung zwar die Ausübung eines Rechts seyn kann, aber nicht nothwendig sogleich als eine solche sich darlegt und aus-

x) Savigny Recht des Besitzes. Dritte Auflage. §. 46. S. 510.

weis't, da bedarf es erst, um sie als Besitz-Handlung zu charakterisiren, noch einer andern Thatsache, welche es besonders ausdrückt, daß Jene eine solche Ausübung, nicht aber eine von jedem Rechte ganz unabhängige Handlung sey y). — Nun ist es allerdings möglich, daß der Usucapient, welcher die ganze Verjährungszeit hindurch stäts z. B. mit 300 Schaafen die Weide betrieb, diese bestimmte Anzahl deßwegen unverändert eingehalten habe, weil er im Sinne hatte, das Weiderecht gerade in diesem Umfange, gerade auf diese Anzahl auszuüben. Aber es ist auch nur möglich, daß er diese Zahl mit der Absicht der Rechtsausübung eingehalten habe: dies Einhalten kann auch fern von aller rechtlichen Beziehung gewesen seyn; es kann seinen Grund darin gehabt haben, daß der Besitzer des Weiderechts gerade diese Anzahl mit selbst erzieltem Futter überwintern zu können hoffte,

y) Hufeland Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 26.

oder daß gerade diese Größe der Schäferey zu den übrigen Einrichtungen seiner Landwirthschaft paßte, oder daß er in Rücksicht des Wolle-Ertrags einer also großen Schaafheerde eines bequemen Absatzes sicher zu seyn glaubte — u. d. g.

Wenn aber das Einhalten einer bestimmten Zahl des weidenden Viehes Ausübung eines Rechtes nur seyn kann, sich aber nicht nothwendig als solche darlegt, so kann es blos an sich nicht als Besitzhandlung gelten; sondern es muß noch eine andere Thatsache hinzukommen, welche diesen Charakter besonders ausdrückt. Eine solche Thatsache ist es aber, wenn sich der Besitzer der Servitut einmal der Ausübung der Mithut von Seite des Eigenthümers insofern widersetzte, als dadurch die Weide für die bestimmte Anzahl geschmälert würde; — und der Letztere sich dabey beruhigte. Erst von dieser Begebenheit an kann das Treiben der bestimmten Anzahl Viehes als rechtliches Merkmal der Ausübung des Weide-

rechts, als Besitz-Handlung gelten. z) Erst von nun an kann die Adquisitivverjährung der Befugniß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfalle auszuschließen, zu laufen beginnen a).

---

z) Erst von nun an kann derjenige, welcher im Besitze des Weiderechts überhaupt ist, auf Schutz im Besitze des Treibens der bestimmten Anzahl, und im Collisionsfalle auf Schutz im Besitze des ausschließenden Hutrechtes klagen.

a) Ein ausschließliches Hutungsrecht kann von dem Servitutberechtigten überhaupt weder durch die gewöhnliche Adquisitivverjährung, noch durch die unvordenkliche Verjährung, sondern allein — von einer ausdrücklichen Concession des Eigenthümers abgesehen — durch qualificirte Verjährung d. h. dadurch erworben werden, daß der Berechtigte sich der Willkür des Eigenthümers in Ausübung der Mithut widersetzt, und dieser sich dabey binnen gesetzlicher Verjährungszeit beruhiget hat. — Hagemann a. a. O.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Civilistische Erörterungen e. Programm

Würzburg 1820

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.262#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439381-3